

GOVERNANÇA E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

FELIPE GONZÁLEZ

(coordenação)

Gerson Damiani

José Fernández-Albertos

(organização)

Cátedra José Bonifácio 4

ed^{usp}

A responsabilidade pelo conteúdo dos textos publicados nesta obra é exclusiva dos autores; sua publicação não significa a concordância dos organizadores e das instituições com as ideias neles contidas.

Ficha catalográfica elaborada pelo Departamento Técnico do Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Adaptada conforme normas da Edusp.

Governança e Democracia Representativa / Felipe González (coordenação); organização Gerson Damiani, José Fernández-Albertos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

504 p.: il.; 22 cm. – (Cátedra José Bonifácio, 4)

ISBN 978-85-314-1641-5

1. Democracia. 2. Representação política. 3. Democracia participativa. 4. Governança. 5. Globalização. I. González, Felipe. II. Damiani, Gerson. III. Fernandez Albertos, José. IV. Série.

CDD-321.4

Direitos reservados à

Edusp – Editora da Universidade de São Paulo
Rua da Praça do Relógio, 109-A, Cidade Universitária
05508-050 – São Paulo – SP – Brasil
Divisão Comercial: Tel. (11) 3091-4008 / 3091-4150
www.edusp.com.br – e-mail: edusp@usp.br

Printed in Brazil 2017

Foi feito o depósito legal

A legitimidade das Cortes Constitucionais na democracia eleitoral-representativa: a última palavra em movimento

MARCELO DOVAL MENDES¹

Introdução

A instituição da separação de poderes nas constituições dos regimes democráticos não é suficiente em si para suplantar conflitos entre os poderes², obrigando os ordenamentos a lidar com possíveis sobreposições. Identificar as causas próximas de tais primazias pode contribuir com o desenvolvimento de controles adequados de forma realista, aceitando a evolução do Estado em vez de tentar limitá-la.

A separação de poderes deve, então, ser relida, dinamicamente, como meio de instrumentalizar a democracia – considerada em uma construção temporal –, e não apenas, estaticamente, para controlar o poder (que tende a se prolongar enquanto encontra limites).

Assim, a discussão da separação de poderes nas democracias contemporâneas e, mais especificamente, da legitimidade dos poderes constituídos não pode se furtar à análise do papel dos juízes e Cortes Constitucionais³. Nessa senda, parte importante do debate travado sobre as justificativas e

1. Mestre e doutorando em direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Especialista em direito civil constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em direito pela FD-USP e graduando em ciências sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP.
2. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes: O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1994, p. 18.
3. Muito embora as reflexões estejam focadas especialmente nas Cortes Constitucionais de inspiração kelseniana, que não integram o Poder Judiciário em sentido estrito, elas podem

os desenhos do controle de constitucionalidade se volta para a legitimidade dos atores habilitados – especialmente, Cortes e Parlamentos – para decidir as questões políticas sensíveis no âmbito da interpretação da Constituição. Ocorre que, comumente, esse embate é travado na perspectiva do “mais legítimo” e que, portanto, deve deter a última palavra.

Neste capítulo, porém, o objetivo não é, propriamente, discutir por que a Corte ou o Parlamento seriam “mais legítimos” para dar a última palavra sobre questões constitucionais sensíveis. Se fosse essa a questão posta, simples, rasa e direta, a resposta seria o Parlamento. E isso porque ainda parecem suficientemente fortes os argumentos de legitimidade democrática em favor da representação eleitoral, da regra da maioria e de uma interpretação das questões constitucionais no âmbito de um debate público que não desconfie permanentemente dos escolhidos pelo povo nas urnas.

Essa posição não ignora os bons argumentos inclinados para a atribuição da última palavra a juízes ou Cortes Constitucionais (como a proteção de direitos fundamentais, a proteção das minorias, a supremacia do estado de direito), mas parece realmente difícil combater o “trunfo” da democracia, sobretudo considerando uma razão que diz respeito não apenas à teoria normativa mas à realidade política atual: não é apenas a regra da maioria – encarada, pura e simplesmente, sob uma perspectiva procedimental – que define um regime democrático, devendo ser reconhecida uma noção substantiva à democracia produzida também pelo Parlamento.

No entanto – e também considerando o importante papel desempenhado por juízes e Cortes Constitucionais, tanto na teoria normativa quanto na realidade democrática –, não parece suficiente a “carta democrática” para alijar os tribunais da interpretação da Constituição. Como participantes ativos do jogo democrático, devem ter uma posição relevante, que seja tanto adequada quanto respeitada.

Dentro desse contexto, a pergunta que impulsiona este capítulo poderia ser resumida na seguinte formulação: o que viabiliza decisões de Cortes sobre questões constitucionais sensíveis, de maneira estável?

ser estendidas também para os órgãos de cúpula do Poder Judiciário que exercem o controle de constitucionalidade das leis.

A hipótese ora aventada é de que tal estabilidade decisória depende de uma legitimidade das Cortes que considere os aspectos que as aproximam dos Parlamentos (e não os que as afastam) e que pode ser decomposta na arquitetura constitucional da separação de poderes e na participação do povo nas decisões.

A perspectiva foca alguns dos argumentos de teoria normativa, buscando conectar certas abordagens. Sem prejuízo, vale ressaltar que parece possível desenvolver potenciais trabalhos empíricos buscando isolar as “legitimadoras parciais” em variáveis e comparar a estabilidade de diferentes Cortes em matéria de controle de constitucionalidade.

O Poder de Julgar nos caminhos da separação de poderes

A separação de poderes não é, propriamente, uma divisão científica, tampouco é estanque. Por não haver diferenças substanciais entre as funções do Estado, a investidura de uma função implica exercê-la em caráter principal, mas concomitantemente às demais. Ou seja, a separação de poderes não é um fim em si, mas uma “receita política”, cujo objetivo é impor limitações ao poder para garantir a liberdade⁴. E o poder de julgar é um dos poderes do Estado que deve ser levado em conta nessa equação, ocupando lugar nesse arranjo institucional.

Ocorre que, na formulação de Montesquieu, o poder de julgar era neutro em si, basicamente — por não ser uma das forças políticas e sociais em ação —, garantindo-se tal neutralidade pelo modo de formação dos tribunais e pelo modo de decisão dos juízes⁵. Assim, as três forças políticas e sociais (monarca, nobreza e povo) exercem seus poderes controlando-se reciprocamente, com destaque para o papel da nobreza como “poder in-

4. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *op. cit.*, 1994, p. 16.

5. Charles-Louis de Secondat (barão de Montesquieu), *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 169-170; José Levi Mello do Amaral Júnior, “Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu”, *Revista dos Tribunais*, ano 97, vol. 868, pp. 53-68, fev. 2008 (cf. pp. 56 e 61).

termediário”, que evita não apenas o despotismo do monarca mas também a tirania da maioria (povo).

Aqui, pois, dois aspectos da formulação original da separação de poderes de Montesquieu merecem destaque: (i) a inexistência de supremacia entre os Poderes Legislativo, Executivo e de Julgar (a configuração da relação entre os poderes deve promover o equilíbrio recíproco mais que, propriamente, uma separação estrita)⁶ e (ii) a neutralidade do Poder de Julgar.

O primeiro importa porque a doutrina clássica da separação de poderes implantada pelo constitucionalismo moderno sofreu influência da doutrina liberal e do princípio da legalidade, deixando de privilegiar o completo equilíbrio entre os poderes: por ser o Poder Legislativo o único representativo da burguesia ascendente cuja liberdade se desejava proteger, foi-lhe conferida supremacia em relação aos demais⁷. Assim, já de início, a doutrina clássica da separação de poderes instaurou-se com a supremacia de um sobre os demais no arranjo da relação entre eles.

A evolução da separação dos poderes não retomou o equilíbrio preconizado por Montesquieu, mas substituiu o poder preponderante. No primeiro movimento, ainda no contexto liberal do século XVIII, a Constituição norte-americana de 1787, ao atribuir a um presidente eleito pelo povo a Chefia de Estado e a Chefia de Governo, bem como a condução das relações exteriores e das Forças Armadas, conferiu primazia ao Poder Executivo em substituição ao Legislativo⁸.

No entanto, há ainda um segundo movimento de preponderância do Poder Executivo que ultrapassa as fronteiras dos Estados Unidos para chegar até a Europa parlamentarista. As características do Poder Legislativo, aliadas à expansão do sufrágio e ao advento do Estado social, levaram a uma readequação da separação dos poderes, com realocação das forças político-

6. Hans Kelsen, “A Jurisdição Constitucional e Administrativa a Serviço do Estado Federativo Segundo a Nova Constituição Federal Austríaca de 1^a de Outubro de 1920”, trad. Alexandre Krug, em *Jurisdição Constitucional*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 152.

7. John Locke, *Dois Tratados sobre o Governo*, trad. Julio Fischer, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 519.

8. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2012b, p. 269.

-sociais. O Poder Executivo, então, absorveu o campo de deliberação antes destinado ao Parlamento, o que lhe conferiu predomínio no exercício das funções estatais, a despeito dos mecanismos de proteção, como a indelegabilidade⁹: os métodos de trabalho do Parlamento não eram mais suficientes para dar conta das novas funções estatais, levando à sua paralisação¹⁰.

A paralisia dos Paramentos implicou a transferência de poder ao Executivo¹¹, que, além de mais apto a realizar tarefas em que se exigia poder de decisão e rapidez, passou a ser também um poder democrático nos regimes pluralistas do século xx. Não é mais o Parlamento que descobre, via razão, a vontade geral, mas o Executivo-governo¹² que, via maioria vencedora da disputa político-eleitoral, canaliza as expectativas sociais. A estrutura do Executivo passava a se apresentar como mais adequada para o desempenho das novas funções.

O segundo aspecto mencionado anteriormente como importante para a abordagem ora proposta refere-se à superação do perfil neutro do Poder de Julgar. Ou seja, depois de verificar como o equilíbrio entre os poderes da formulação original de Montesquieu foi vulnerado em benefício do Poder Executivo, cumpre perquirir quais condições levaram à expansão do Poder de Julgar. Também nesse ponto pode-se identificar uma primeira readequação promovida pela específica leitura de Montesquieu na Constituição norte-americana e uma segunda adequação decorrente da crise da lei no Estado social.

9. *Idem*, *Do Processo Legislativo*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2012a, pp. 137-138.

10. *Idem*, pp. 142-144. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 50-51. Cf., ainda, Monica Herman Salem Caggiano, "Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística", *Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Município de São Paulo*, vol. 7, pp. 29-42, 2009 (cf. p. 32).

11. Mauro Cappelletti cita como exemplo emblemático a Constituição francesa de 1958 que limitou a competência legislativa em determinados aspectos, cedendo o resto ao poder regulamentar e executivo. Mauro Cappelletti, "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", em Louis Favoreu et al., *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 605.

12. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "A Legística e a 'Filosofia' da Lei", *Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Município de São Paulo*, vol. 7, pp. 13-27, 2009 (cf. p. 32).

Nos Estados Unidos, o federalismo e o *common law* levaram ao surgimento de um específico Poder de Julgar: o poder de julgar com base na Constituição. Modifica-se, pois, a forma de separar os poderes, mas continua atendendo aos mesmos objetivos liberais. Nessa linha é que o *chief justice* John Marshall atribui ao Poder Judiciário o papel de defensor das garantias constitucionais, ao ponderar no julgamento do célebre caso *Marbury versus Madison* que cabe ao Poder Judicial dizer o que é a lei ao interpretá-la e aplicá-la aos litígios levados à sua apreciação. E, nesse mister, se a lei contrariar a Constituição, é dever de todo e qualquer juiz decidir o caso conforme a Constituição.

Ocorre que, paralelamente, ao atribuir essa nova função estatal ao Poder Judiciário, cria-se uma superioridade deste em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. A jurisdição constitucional, então, ao mesmo tempo que impõe um controle aos Poderes Legislativo e Executivo, coloca em evidência o Poder Judiciário na medida em que os limites às suas ações sejam apenas implícitos e dependam quase que exclusivamente da autocontenção.

Como o reconhecimento da supremacia da Constituição não conduz, automaticamente, ao responsável por sua defesa no arranjo institucional¹³, pode-se denotar a natureza política da decisão de Marshall, bem como a consequente atribuição de importante papel político ao Poder Judiciário, até então neutro na doutrina clássica da separação de poderes.

As disputas teórica e política dão-se, pois, nesse momento da histórica constitucional, em relação à superioridade (ou não) do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, incluindo, aí, a possibilidade de que a decisão de minorias não eleitas substitua a decisão de maiorias eleitas. Na Europa, no entanto, mesmo ante a necessidade crescente de conferir proteção efetiva à Constituição – e, mais adiante, de proteger os direitos fundamentais –, não se configurou um arranjo que atribuísse função política ao Poder Judiciário na mesma envergadura dos Estados Unidos.

13. Fernando Atria, “El “Derecho y la Contingencia de lo Político”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2003, p. 321.

Diante, pois, da ampliação dos problemas decorrentes da expansão da atuação estatal e das violações de direitos pelo Estado, a solução foi atribuir a um órgão separado e com características distintas – a Corte ou Tribunal Constitucional –, uma específica função estatal, não, propriamente, a de julgar um caso, mas a de “julgar a lei”, com o papel de legislador negativo.

Ou seja, esse realinhamento da separação de poderes se deu por intermédio de uma repartição mais detalhada das funções estatais, na qual a função judicial deve se subordinar à política¹⁴, pretendendo que esta não se esconda atrás da argumentação jurídica.

Tal desenho que atribuiu uma parcela da função legislativa¹⁵ à Corte Constitucional poderia ter sucesso se subsistisse o modelo de Estado liberal com objetivos mais “modestos” de apenas criar condições para que os homens desenvolvessem suas particularidades ou, ao menos, se, no contexto do Welfare State (Estado de bem-estar social), o Poder Executivo fosse capaz de atender às demandas de bem-estar econômico e social reclamadas pelo povo.

Entretanto, considerando que a expansão do Estado social assentou-se “numa administração pública e num direito administrativo preocupado com os quadros jurídicos da administração de prestações (*Leistungsverwaltung*) comprometida com os cuidados existenciais do cidadão (*Daseinsvorsorge*)”¹⁶, o fracasso do Poder Executivo (tal qual o do Poder Legislativo) em se desvencilhar devidamente dos ônus de sua atuação levou à juridicização das demandas econômicas e sociais, transferindo para os detentores do “poder de julgar” parte dessa disputa política e um papel de destaque no desempenho das funções estatais.

Assim, de um lado, as falências dos Poderes Legislativo e Executivo e, de outro, a subsistência de “serviços estatais, ao lado de serviços de interesse econômico geral, submetidos a regras vinculativas ou a regu-

14. Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford/Nova York, Oxford University Press, 2002, p. 343.

15. Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad: 1918-1939*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 32-33.

16. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 353.

lações econômicas constitutivas do mercado de *redes infraestruturantes*¹⁷, pretendendo-se “garantir as dimensões inarredáveis da socialidade estatal (e comunitária)”¹⁸, conferiram uma “função normativa estendida”¹⁹ ao Poder Judiciário e às Cortes Constitucionais.

Nesse contexto, as funções principais da lei (pacificação dos dissensos, harmonização das pretensões e garantia das expectativas)²⁰ são novamente redistribuídas no arranjo institucional da separação de poderes, colocando um novo órgão em destaque: aquele responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e das ações estatais.

Assim como, no período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial, “o Parlamento se tornou o terreno em que as massas procuravam conquistar as benesses que a economia lhes recusara”²¹, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional passou a ocupar parte importante do terreno dessa disputa até então eminentemente política, com papel de destaque atribuído aos órgãos responsáveis pela defesa jurisdicional da Constituição.

Trata-se, pois, de uma participação ativa dos juízes e Cortes, como agentes políticos, na definição dos contornos da ordem constitucional e infraconstitucional, por intermédio de decisões que implicam um controle de constitucionalidade positivo prescritivo de ações e de políticas²². Porém, essa posição “ativista” não é aceita, de forma meramente passiva, como decorrência de uma evolução ou de uma circunstância natural. E a “carta democrática” continua a ser posta contra juízes e Cortes Constitucionais.

17. *Idem, ibidem.*

18. *Idem, ibidem.*

19. Monica Herman Salem Caggiano, *op. cit.*, p. 35, 2009.

20. João Costa Neto, “Humildade Constitucional: O Conceito que o STF ainda Não ‘Descobriu’ na Constituição, e o Retorno à Legalidade”, *Crítica Constitucional*, 15 jul. 2013, disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/480>, acesso em: 15 jul. 2013.

21. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op. cit.*, 2012a, p. 143.

22. *Idem*, “O Papel Político do Judiciário na Ordem Constitucional Vigente”, *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 99, pp. 86-91, set. 2008 (cf. pp. 86-87).

A Corte e o povo

Diante das premissas anteriormente mencionadas, especialmente a centralidade do elemento democrático (no sentido de que as decisões devem guardar a maior proximidade possível do povo), a ideia é tentar imaginar as condições de um ponto de equilíbrio no qual Corte e Parlamento pudessem ser – se não igualmente legítimos –, ao menos, tão legítimos que a aceitação dos dois fosse normal.

Evidentemente, não se trata de um ponto no qual a última palavra seja de ambos (porque seria uma contradição em termos, já que as decisões são tomadas em searas distintas). Tampouco se trata da pura defesa do diálogo institucional. A percepção – que não é nova e pode ser extraída com distintos enfoques da teoria normativa – é de que há, de fato, uma “última palavra”, mas ela não pertence a este ou àquele órgão em virtude das suas características intrínsecas, que o tornariam mais habilitado à sua guarda. A última palavra seria, na verdade, decorrência de um conjunto de condições de democracia substantiva, que são partilhadas entre Corte e Parlamento. Como tais condições se encontram mais bem expressadas ora no bojo do Parlamento, ora no âmbito da Corte, a última palavra pendularia entre ambos. A ideia, então, é de que ninguém “detém” a última palavra; Corte e Parlamento apenas a “mantém” de acordo com as condições presentes.

Assumindo-se que, no arranjo constitucional da separação de poderes, não é possível atribuir uma mesma competência a dois órgãos distintos, sob pena de insegurança jurídica e/ou paralisia decisória, essa ideia é afiliada a uma teoria judicial do controle de constitucionalidade (última palavra, no plano exclusivamente formal, à Corte), mas que, por estar centrada em elementos de legitimidade democrática, a deferência ocupa papel relevante, devendo a Corte sempre avaliar as condições de legitimidade democrática presentes no momento de tomada da decisão judicial sobre a questão constitucional.

Nesse contexto, é necessário refletir sobre algumas dessas condições de legitimidade democrática que permitam compreender a “última palavra” como “provisória”, porém dotada de “certeza”. Como dito, a democracia não é mais simplesmente a regra da maioria, de modo que nem mesmo a

democracia representativa pode ser encarada, restritivamente, apenas sob a perspectiva do princípio majoritário e de uma lógica procedimental. Há outras formas de legitimidade que podem "rivalizar" com as urnas em grau de igualdade, apresentando-se como solução em momentos de dúvida e crise constitucional.

A primeira das condições que visa proporcionar tal legitimidade deve ser, justamente, o desenho constitucional da separação de poderes como meio de especificar, com clareza, as situações e as formas em que a Corte possa fazer o controle de constitucionalidade.

Assim, como órgãos na fronteira entre aplicação e criação do direito, as Cortes Constitucionais não devem ser compreendidas na mesma estrutura do Judiciário comum, cuja atuação está lastreada na ideia de adjudicação de conflitos adversariais. Nessa rubrica, estariam inseridas a conformação da Corte, sua composição, forma de acesso e permanência dos juízes constitucionais. Tanto do ponto de vista da teoria normativa quanto da experiência histórica, o fato de os juízes não serem eleitos diretamente não é, por si só, contrário à ideia de democracia. Além de haver outras fontes de legitimidade (inclusive popular, e que também é uma das condições para um exercício estável do controle de constitucionalidade, como será abordado na sequência), o próprio arranjo constitucional pode estabelecer regras de ventilação democrática, como formas mescladas de acesso e alternância nas cadeiras.

Esse aspecto da arquitetura constitucional se relaciona diretamente com a segunda condição acima mencionada como fator de legitimidade da Corte tendente a buscar estabilidade em uma teoria judicial do controle de constitucionalidade: a participação do povo nas decisões sobre a interpretação da Constituição.

A ideia-base, nesse ponto, é de que na democracia o povo tem o direito de autogovernar-se por seus próprios julgamentos. E, portanto, essa condição deve estar consagrada na Constituição. Mas, nas democracias contemporâneas, o direito ao autogoverno pode ser exercido de outras formas que não, exclusivamente, o voto.

Assim é que, além da ventilação democrática antes mencionada, em primeiro lugar, a Constituição deve providenciar um conjunto de regras

e diretrizes que garanta o exercício, pelos juízes constitucionais, de uma capacidade de reflexão e imparcialidade. Em segundo lugar, a própria Corte, com base nesses elementos, deve se esforçar para obter sua legitimidade e credibilidade pela demonstração da qualidade de suas decisões à sociedade²³. Essa legitimidade funcional decorrente do desempenho da Corte reduziria sua politização, fugindo da armadilha de que juízes não têm (ou não devem ter) convicções políticas e morais. Pela aplicação do argumento das capacidades institucionais, pode-se obter uma aproximação entre Corte e povo, avaliando capacidades interinstitucionais de decisão e intrainstitucionais de efetividade²⁴.

O objetivo não é simplesmente restringir a Corte, mas estimular sua autocontenção, com avaliações mais efetivas e cuidadosas – e que se iniciem sempre pela questão da legitimidade democrática – sobre a viabilidade e a conveniência de uma decisão que, por exemplo, retire uma lei do ordenamento por vício de inconstitucionalidade. Duas consequências complementares e virtuosas podem advir dessa formatação: incremento da qualidade da democracia e, paralelamente, acúmulo de capital político (tradicionalmente, dos ramos eleitos) também pela Corte, o qual poderá ser utilizado, em momentos oportunos, com menores desconfianças quanto a tendências aristocráticas.

A ligação entre Corte e povo que permita a participação deste nas decisões importantes sobre a Constituição também deve se revelar na capacidade da Corte de retomar os compromissos democráticos assumidos em momentos distintos. Nenhum dos agentes democráticos (eleitos ou não) tem credenciais para tomar decisões aleatórias. As Cortes, porém, não sujeitas ao escrutínio das urnas, podem sedimentar uma “memória coletiva” do povo, em suas distintas encarnações e nos distintos tempos

23. Pierre Rosanvallon, *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad, Proximidad*, trad. para o espanhol Heber Cardoso, Buenos Aires, Manantial, 2009.

24. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, “O Argumento das ‘Capacidades Institucionais’ entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo”, *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, jan-jun. 2011 (cf. pp. 13-14).

da política. Como na metáfora da *living tree*, de Will Waluchow²⁵ (ainda que no contexto argumentativo de certa flexibilidade do *common law*), as Cortes podem ser o elo entre o povo atual e o povo do compromisso constitucional, valendo-se da jurisprudência (que evolui, porém gradualmente) para nem se manterem presas a grilhões do passado nem jogarem tudo ao alto a cada mudança.

À guisa de conclusão: as Cortes como componente democrático

A ideia é, então, que no reconhecimento e na estabilidade das Cortes como partícipes ativas da interpretação da Constituição, em especial do controle de constitucionalidade das leis do Parlamento, não se pode, de um lado, ignorar a “carta democrática” das eleições nem, de outro, buscar um credenciamento exclusivo por outros argumentos de valor ou por uma legitimidade democrática indireta apenas no acesso dos juízes constitucionais.

Os objetivos das democracias contemporâneas devem ser alcançados pela adoção de sujeitos e formas democráticas mais complexas, e as Cortes são uma delas. Isso, no entanto, não significa que elas possam suplantam os imprescindíveis elementos da democracia eleitoral-representativa, a qual ainda é a principal voz do povo eleitoral, maioria numérica do presente.

As Cortes devem, então, não apenas existir mas também exercer seu papel de interpretar a Constituição e controlar a conformidade da legislação, mas pautadas em uma teoria da deferência estimulada pelo desenho institucional e pelo reconhecimento da centralidade do Parlamento. Paralelamente, as Cortes devem buscar suas próprias credenciais de legitimidade, lastreadas no bom exercício de suas funções e na qualidade de suas decisões (o que inclui a deferência), de forma a acumular o capital político²⁶

25. Will Waluchow, “Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, n. 2, pp. 207-247, 2005.

26. Sintomática – e oportuna –, nessa linha, a posse da ministra Cármen Lúcia como presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no dia 12.9.2016. Além de ter despertado mais interesse que a posse do presidente da Câmara dos Deputados (que a precede na sucessão da presidência da República), há menos de dois meses, o discurso de posse foi dirigido para o

necessário para os momentos em que devam se sobrepor ao Parlamento ou ao povo eleitoral.

Como observa Pierre Rosanvallon, as Cortes Constitucionais têm papel de descentralização da democracia, sendo um elemento de ligação entre os diversos tipos de povo e as diversas temporalidades políticas. Nesse contexto, são terceiras partes reflexivas cuja principal função é a representação política e social; testam a existência do povo como princípio, assegurando que a soberania é mais do que apenas a maioria; evidenciam a mudança na relação entre direito e democracia decorrente de mudanças sociológicas; estabelecem permanente confronto entre várias manifestações do povo; criam condições de convivência por meio dos julgamentos via deliberação. Enfim, podem ser, pois, encaradas como uma forma de representação da ordem moral ou funcional estruturalmente diferente das eleições²⁷.

Nesse contexto, as Cortes não devem ser encaradas como *meramente compatíveis* com a democracia, *podendo*, por isso, ser mantidas. Antes, as Cortes devem ser compreendidas como *necessárias* à democracia, *devendo*, por isso, ser mantidas em condições em que possam melhor desenvolver suas potencialidades, contribuindo para o bom funcionamento da democracia. Em alguma medida, a proposta pode ser “enxergar o copo meio cheio”, valorizando e estimulando as qualidades de legitimidade democrática que podem se aproximar do Parlamento, sem a pretensão, no entanto, de substituí-lo.

cidadão comum (como a “maior autoridade”), focado em ações a ele destinadas e buscando atender aos seus anseios.

27. Pierre Rosanvallon, *op. cit.*, 2009, pp. 206 ss.